

LE DROIT DES PROCEDURES COLLECTIVES CONFERE-T-IL UN INTERET PRATIQUE A LA DETERMINATION DU ROLE DES FORMALITES DE L'ARTICLE 2075 DU CODE CIVIL ?

David ROBINE

Docteur en droit, ATER à l'Université de Paris I

Le développement des biens incorporels a conduit le législateur à adapter le droit des sûretés afin que ces actifs puissent devenir des instruments de crédit¹. L'article 2075 du Code civil, dans sa rédaction issue de la loi du 12 juillet 1980, prévoit à cet effet des formalités destinées à remplacer la dépossession en cas de gage d'une créance. Il s'agit de la signification de cette sûreté au débiteur de la créance donnée en garantie ou de l'acceptation de ce dernier dans un acte authentique. L'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 23 janvier 2001 confirme la jurisprudence antérieure relative au rôle de ces formalités en considérant qu'elles constituent une condition de validité du gage.

En l'espèce, une société de transport avait emprunté en 1987 une somme de 475 000 francs en vue de l'acquisition d'un local situé dans l'enceinte d'un marché d'intérêt national. Elle avait en outre consenti le même jour au prêteur, à titre de garantie, un gage sur le droit au bail de la convention de concession relative aux terrains sur lesquels le local était construit. Ce contrat de gage n'a toutefois été signifié au bailleur que le 7 février 1994, alors que l'emprunteur avait entre-temps été mis en liquidation judiciaire par un jugement du 1^{er} juin 1993. Dans le cadre de cette procédure collective, le liquidateur a fait procéder, en vertu d'une ordonnance du 20 mai 1994, à la résiliation de la concession et a recueilli l'indemnité correspondante, séquestrée entre ses mains. Le prêteur a donc demandé en septembre 1994 l'attribution judiciaire du gage afin d'obtenir paiement grâce à cette somme.

La Cour d'appel d'Orléans a, par un arrêt confirmatif du 4 décembre 1997, condamné le liquidateur à verser au gagiste ladite somme aux motifs, d'une part, qu'il n'était pas tiers au contrat et ne pouvait donc dénoncer le non-respect des dispositions de l'article 2075 du Code civil et, d'autre part, que ce même liquidateur avait nécessairement connaissance du gage puisque l'ordonnance du 20 mai 1994 l'autorisant à résilier la concession prévoyait la notification au bailleur. La Cour d'appel d'Orléans a, en outre, opposé au liquidateur qui invoquait la violation de l'article 57 de la loi du 25 janvier 1985, devenu l'article L. 621-50 du nouveau Code de commerce, que ce texte n'interdit que les inscriptions d'hypothèques de

¹ Voir notamment : Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, les sûretés, la publicité foncière*, éditions Cujas, 10^{ème} édition, 2000/2001, par L. AYNÈS, n° 517 ; L. AYNÈS, « Rapport introductif », in, « Le gage commercial », *R.J. com.*, 1994, n° spécial.

nantissements et de privilèges postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective ².

La Cour de cassation, saisie d'un pourvoi contre cet arrêt, se devait donc de déterminer le rôle des formalités de l'article 2075 du Code civil afin de préciser les conséquences de leur accomplissement après la mise en liquidation judiciaire du débiteur.

La juridiction suprême confirme par l'arrêt commenté sa position antérieure et considère que les formalités de l'article 2075 du Code civil constituent une condition de validité du gage (I) avant d'en déduire, très logiquement, que leur accomplissement à une date postérieure au jugement prononçant la liquidation judiciaire du débiteur doit être sanctionné (II).

I. L'ACCOMPLISSEMENT DES FORMALITES DE L'ARTICLE 2075 DU CODE CIVIL : UNE CONDITION DE VALIDITE DU GAGE

L'arrêt du 23 janvier 2001 réaffirme que l'accomplissement des formalités de l'article 2075 du Code civil est une condition de validité du gage. Cette jurisprudence, bien que contestée par une partie de la doctrine, semble devoir être approuvée, car ces formalités constituent un équivalent de la dépossession en matière de gage sur un bien incorporel (B.). Or, il faut constater que la mise en possession du créancier est précisément une condition de validité du gage (A.).

A. La dépossession du débiteur condition de validité du gage

L'article 2076 du Code civil pose le principe selon lequel le privilège du gagiste sur le bien gagé ne subsiste qu'autant que celui-ci a été mis et est resté en possession du créancier ou d'un tiers convenu. Cette disposition a donné lieu à des interprétations divergentes. On peut bien sûr considérer qu'elle fait de la remise du bien une condition de validité du gage et conduit ainsi à la qualification de cette sûreté de contrat réel. Toutefois, une partie de plus en plus importante de la doctrine, « voyant dans cette catégorie une survivance historique source de complications inutiles » ³ et confortée par le développement des gages sans dépossession,

² La Cour d'appel d'Orléans a par ailleurs considéré qu'il n'était pas nécessaire de mentionner le gage lors de la déclaration de créance car cette sûreté entraîne la dépossession du débiteur. Il est vrai que l'article 50 de la loi du 25 janvier 1985, devenu l'article L 621-43 du nouveau Code de commerce, n'oblige pas les créanciers titulaires de sûretés réelles à déclarer leur créance et prévoit au contraire qu'ils sont personnellement avertis lorsque leur sûreté a donné lieu à publicité. Toutefois, comme le souligne M. GUYON, si de ce fait « *la déclaration est logiquement surabondante* », elle « *doit tout de même être effectuée car un créancier, même garanti par une sûreté, peut renoncer à être payé !* ». Or, l'article 51 de cette même loi, figurant désormais à l'article L 621-44 du nouveau Code de commerce dispose, sans prévoir aucune dérogation, que la déclaration précise la nature du privilège ou de la sûreté dont la créance est éventuellement assortie. La Cour de cassation sanctionne donc logiquement la Cour d'appel sur le fondement de ce dernier texte au motif qu'elle n'avait pas recherché si le gage avait fait l'objet d'une déclaration dans le délai légal. Ce point n'appelle pas d'autres commentaires.

³ F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, précis Dalloz, 7^{ème} édition, 1999, n° 140. Voir sur la question : M.-N. JOBARD-BACHELIER, « Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ? », *R.T.D. civ.*, 1985, p. 1.

qualifie la dépossession du débiteur de simple mesure de publicité⁴. MM Simler et Delebecque relèvent en ce sens que « l'article 2076 ne vise que le « privilège » du créancier gagiste et ne détermine que l'opposabilité du contrat au tiers »⁵. Le non-respect de cette condition n'entraînerait alors que l'inopposabilité du gage et non sa nullité.

D'autres auteurs maintiennent cependant que ce texte fait effectivement de la remise du bien au gagiste une condition de validité du gage⁶. Ainsi, tant que celle-ci ne s'est pas réalisée l'accord de volonté entre les parties ne constituerait qu'une promesse de gage dont l'inexécution ne pourrait se résoudre qu'en dommages-intérêts⁷.

La jurisprudence la plus récente se prononce en ce sens⁸. Cet attachement de la juridiction suprême à la qualification du gage de contrat réel et au maintien de cette catégorie⁹ doit être approuvé. Le gage ne présente en effet d'intérêt qu'en raison de la remise de la chose qui va permettre au créancier d'exercer son droit de rétention, certes archaïque, mais néanmoins efficace. Le consensualisme est ainsi inapte à justifier la formation de tels contrats où la remise de la chose est essentielle. La survivance de la catégorie des contrats réels permet dès lors l'expression d'« une conception moins intellectuelle, plus concrète et par là plus vraie, des relations contractuelles »¹⁰. Certes, il existe des gages sans dépossession, mais ce sont des exceptions artificielles résultant d'une intervention spécifique du législateur. Or, tel n'est pas le sens des formalités prescrites par l'article 2075 du Code civil qui constituent un équivalent à la dépossession, nécessaire en raison du caractère incorporel de l'objet du gage.

⁴ Voir notamment en ce sens : J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Les obligations, l'acte juridique*, Armand Colin, 8^{ème} édition, 1998, n° 313 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les sûretés, la publicité foncière*, Sirey, 2^{ème} édition, 1987, par Ph. JESTAZ, n° 78 ; H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil, tome III, vol. 1, sûretés, publicité foncière*, Montchrestien, 7^{ème} édition, 1999, par Y. PICOD, n° 66.

⁵ Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *Droit civil, les sûretés, la publicité foncière*, Précis DALLOZ, 3^{ème} édition, 2000, n° 514.

⁶ Voir notamment en ce sens : M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *Droit des sûretés*, LITEC, 5^{ème} édition, 1999, n° 666 ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, les sûretés, la publicité foncière*, éditions Cujas, 10^{ème} édition, 2000/2001, par L. AYNÈS, n° 506 ; M.-N. JOBARD-BACHELIER, « Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ? », *R.T.D. civ.*, 1985, p. 1, qui opère une distinction suivant que le contrat emporte « dation » ou « transfert de la détention ».

⁷ Voir notamment en ce sens : Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit., loc. cit.* ; L. AYNÈS, « Rapport introductif », in, « Le gage commercial », *R.J. com.*, 1994, n° spécial ; M.-N. JOBARD-BACHELIER, *op. cit.*, n° 50, qui considère que dans les cas où la remise vaut « dation », la violation de la promesse « permet d'engager la responsabilité contractuelle du promettant qui sera sanctionné dans la seule mesure du préjudice subi par le bénéficiaire sans que celui-ci puisse obtenir, par l'effet de ce qui serait une exécution en nature de l'obligation, la remise forcée de la chose ».

⁸ Cass. com., 7 juillet 1998, *J.C.P.*, éd. G, 1998, II, n° 10206, note O. SALVAT. Voir déjà un siècle plus tôt : Cass. civ., 18 mai 1898, *D.P.*, 1900, I, p. 481, note SARRUT ; S., 1898, I, n° 433, note Ch. LYON-CAEN.

⁹ Voir toutefois pour l'éviction de cette catégorie des contrats de prêt immobilier soumis à la loi « Scrivener » : Cass. civ. 1, 27 mai 1998, *Bull.* I, n° 186 ; *Defrénois*, 1998, art. 36860, n° 114, note Ph. DELEBECQUE.

¹⁰ J. GHESTIN, *Traité de droit civil, le contrat : formation*, L.G.D.J., 3^{ème} édition, 1993, n° 452.

B. Les formalités de l'article 2075 du Code civil, équivalent à la dépossession en matière de gage sur un bien incorporel

Le rôle des formalités de l'article 2075 du Code civil fait l'objet d'une controverse doctrinale. Les adversaires de la qualification du gage de contrat réel y voient, comme pour la dépossession, une mesure de publicité. Il vient cependant d'être souligné que le maintien de cette catégorie était souhaitable. D'autres auteurs adoptent une position plus nuancée en admettant la qualification du gage de contrat réel, tout en considérant que les formalités de l'article 2075 du Code civil ont, quant à elles, une fonction de publicité. Ce texte n'est-il pas très proche de l'article 1690 du Code civil ? M. Legeais indique ainsi que « *si la signification de l'article 2075 du Code civil ne peut réaliser une fonction de mise en possession, c'est en premier lieu, parce qu'aujourd'hui, pour la majorité des auteurs, la signification de l'article 1690 du Code civil a exclusivement une fonction de publicité. Or, on ne saurait admettre que la même formalité ait un rôle qui diffère en fonction de la nature de l'opération, - cession ou nantissement -, à laquelle elle se rattache* »¹¹. Cette position est discutable. Il faut relever, tout d'abord, que ces deux textes ne sont pas identiques. Les formalités de l'article 1690 du Code civil sont, en effet, nécessaires afin que le cessionnaire soit « *saisi à l'égard des tiers* », ce qui se rattache sans nul doute à un problème d'opposabilité et donc de publicité. Or, aucune référence aux tiers ne figure à l'article 2075 du Code civil. On peut donc considérer que les formalités édictées par ces deux textes n'ont pas le même rôle. Mais surtout, l'attribution d'une fonction différente aux formalités de l'article 1690 du Code civil et à celles de l'article 2075 de ce même Code se justifie car, comme le souligne M. Aynès, « *la cession de créance est un contrat consensuel tandis que le gage est un contrat... réel* ». Rien ne s'oppose dès lors à attribuer un rôle différent aux formalités de l'article 2075 et à celles de l'article 1690 du Code civil.

On doit reconnaître aux premières une fonction identique à la dépossession. En matière de gage sur meuble corporel, cette dernière a en effet pour objectif d'empêcher le débiteur de disposer du bien. Or tel est également le rôle des formalités de l'article 2075 du Code civil, qui visent à empêcher le constituant de disposer de sa créance envers son débiteur. Il faut dès lors approuver la première chambre civile et la chambre commerciale de la Cour de cassation d'avoir, respectivement, en 1994¹² et en 1997¹³, affirmé qu'à défaut de réalisation des formalités de l'article 2075 du Code civil, l'acte ne vaut pas gage mais uniquement promesse de gage. L'arrêt rendu par la chambre commerciale le 23 janvier 2001 confirme cette position puisque la juridiction suprême indique qu'à défaut d'enregistrement puis de signification au débiteur de la créance gagée ou d'acceptation par ce dernier dans un acte authentique, le gage ne confère pas de droit réel au gagiste.

¹¹ Voir sur ce point : D. LEGEAIS, *Les garanties conventionnelles sur créances*, thèse, avant-propos J. STOUFLET, préface Ph. RÉMY, Economica, 1986, n° 63.

¹² Cass. civ. 1, 6 janvier 1994, *Bull.* I, n° 4 ; *Defrénois*, 1994, p. 1175, note L. AYNÈS.

¹³ Cass. com., 28 janvier 1997, *Bull.* IV, n° 35 ; *J.C.P.*, éd. G, 1997, II, n° 22791, avec le rapport de J.-P. RÉMERY ; *J.C.P.*, éd. G, 1997, I, n° 4033, n° 19, obs. Ph. DELEBECQUE ; *J.C.P.*, éd. G, 1997, I, n° 4029, obs. M. CABRILLAC *D.*, 1997, somm., p. 214, obs. A. HONORAT ; *D.*, 1998, somm., p. 140, obs. M.-N. JOBARD-BACHELLIER ; *D. affaires*, 1997, p. 382 ; *Dr. sociétés*, mars 1997, p. 16 obs. Y. CHAPUT ; *R.J.D.A.*, 5/1997, n° 705. Voir également en ce sens : PARIS, 10 octobre 1964, *J.C.P.*, 1964, II, n° 13926, note J.R. ; *D.*, 1965, p. 125 ; PARIS, 4 mars 1997, *J.C.P.*, éd. G, 1998, I, n° 103, n° 26, obs. Ph. DELEBECQUE.

On peut cependant se demander pourquoi, dans un moyen préalable, la Cour de cassation prend soin de préciser que le liquidateur est un tiers au contrat de gage pouvant, en conséquence, contester l'opposabilité et la validité de ce contrat. En effet, si cette qualification doit être approuvée, elle est néanmoins inutile. L'acte n'étant pas valable, il ne peut être opposable. Or, la contestation de la validité est ouverte aux parties comme aux tiers. La réponse à la troisième branche du premier moyen laisse entendre que la qualité de partie ou de tiers du liquidateur a une importance et conditionne son recours alors qu'il n'en est rien puisque la qualification des formalités de l'article 2075 du Code civil de mesures de publicité a été écartée. La Cour de cassation a toutefois certainement voulu uniquement rappeler, à l'encontre de l'affirmation de la Cour d'appel, que le liquidateur ne peut être qualifié de partie, même si cela n'a pas de conséquences sur la solution retenue ensuite.

Il faut ajouter, enfin, que la qualification constante des formalités de l'article 2075 du Code civil de condition de validité du gage par la Cour de cassation devrait logiquement avoir pour conséquence de mettre un terme à l'obligation de remise du titre imposée par la jurisprudence en matière de gage sur créance¹⁴. Ce système vivement critiqué semble trouver sa source dans l'article 2076 du Code civil, car la mise en possession du gagiste s'effectuerait par ce biais. Or, le respect de cette règle ne s'impose plus si l'on considère, comme l'a fait la Cour de cassation dans cet arrêt du 23 janvier 2001, que la mise en possession résulte de l'accomplissement des formalités de l'article 2075 du Code civil. La juridiction suprême a déjà admis dans un arrêt du 10 mai 1983¹⁵ le non-respect de cette règle en cas d'impossibilité de remise du titre. Il faut souhaiter qu'elle fasse prochainement un pas supplémentaire en supprimant purement et simplement cette condition.

Le rôle des formalités de l'article 2075 du Code civil étant clairement établi, reste à étudier la sanction de leur accomplissement postérieurement au jugement prononçant la liquidation judiciaire du constituant. Sur ce point, la position de la juridiction suprême n'est pas à l'abri de critiques.

II. LA SANCTION DE L'ACCOMPLISSEMENT DES FORMALITES DE L'ARTICLE 2075 DU CODE CIVIL POSTERIEUREMENT AU JUGEMENT PRONONÇANT LA LIQUIDATION JUDICIAIRE DU CONSTITUANT

Le problème de la sanction de la constitution d'une sûreté réelle par un débiteur en liquidation judiciaire se pose rarement et son fondement textuel n'est pas évident. En l'espèce, la Cour d'appel d'Orléans avait écarté l'application de l'article 57 de la loi du 25 janvier 1985, figurant aujourd'hui à l'article L. 621-50 du nouveau Code de commerce, dont la violation était invoquée par le liquidateur. Or, la chambre commerciale de la Cour de cassation semble, quant à elle, considérer que ce texte est applicable et que la Cour d'appel d'Orléans l'a violé. On peut douter de la pertinence de cette référence à l'article 57 de la loi du 25 janvier 1985 en raison du rôle conféré aux formalités de l'article 2075 du Code civil (A.). Il faut donc s'interroger sur le fondement qui aurait dû être retenu afin de sanctionner l'accomplissement

¹⁴ Cass. req., 11 juin 1846, *D.P.*, 1846, I, p. 252.

¹⁵ Cass. civ. 1, 10 mai 1983, *Bull.* I, n° 141 ; *D.*, 1984, p. 433, note LÉGIER et I.R., p. 82, note M. VASSEUR ; *Defrénois*, 1983, art. 33161, p. 1394, note PIEDELIÈVRE.

de ces formalités postérieurement au jugement prononçant la liquidation judiciaire du constituant. La solution semble résider dans l'article 152 de la loi du 25 janvier 1985, devenu l'article L. 622-9 du nouveau Code de commerce (B.).

A. L'inapplicabilité de l'article L. 621-50 du nouveau Code de commerce au gage de biens incorporels

La Cour d'appel d'Orléans avait admis la validité et l'efficacité du gage au motif que « *la signification du gage a bien eu lieu à l'égard de la société Sominval même si elle n'est intervenue que le 7 février 1994* », et que « *l'article 57 de la loi du 25 janvier 1985 n'interdit que les seules inscriptions d'hypothèques, nantissements et privilèges postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective* ». Or, si l'on s'attendait à une censure des juges du fond par la Cour de cassation, le motif retenu pour ce faire est quant à lui plus surprenant. La juridiction suprême reproche en effet à la Cour d'appel d'avoir violé l'article 57 de la loi du 25 janvier 1985 au motif « *qu'elle avait constaté que la signification de cet acte n'était intervenue que postérieurement à l'ouverture de la procédure collective* ». Or, ce texte concerne l'inscription, et donc la publicité, de sûretés valablement constituées, ce qui n'était pas le cas en l'espèce puisque l'accomplissement des formalités de l'article 2075 est, selon la Cour de cassation, une condition de validité du gage. Ainsi, dans l'arrêt du 28 janvier 1997 précité, la juridiction suprême avait décidé d'annuler sur le fondement de l'article 107, 6° de la loi du 25 janvier 1985, devenu l'article L. 621-107, 6° du nouveau Code de commerce, un contrat de gage qui comportait une date antérieure à la cessation des paiements mais qui n'avait été signifié que postérieurement, car cette sûreté n'est constituée qu'à partir de l'exécution de cette formalité. Il y a donc là une contradiction. L'article 57 de la loi du 25 janvier 1985 n'avait aucun rôle à jouer en l'espèce. Cette disposition écartée, reste à déterminer le texte permettant de sanctionner l'accomplissement des formalités de l'article 2075 du Code civil postérieurement au jugement prononçant la liquidation judiciaire du constituant. La solution semble se trouver dans le recours à l'article L. 622-9 du nouveau Code de commerce.

B. La sanction pour violation de l'article L. 622-9 du nouveau Code de commerce

Dès lors que le respect des formalités de l'article 2075 du Code civil est une condition de validité du gage, la constitution de cette sûreté ne peut se réaliser qu'à la date de leur accomplissement et donc en l'espèce postérieurement au jugement prononçant la liquidation judiciaire du débiteur. Il doit, en effet, être précisé que de même que la levée de l'option d'une promesse unilatérale de vente ne fait pas rétroagir la formation de la vente au jour de la promesse¹⁶, la signification au débiteur de la créance donnée en gage ou son acceptation dans

¹⁶ Voir notamment : Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, les contrats spéciaux*, éditions Cujas, 13^{ème} édition, 1999, n° 117.

un acte authentique ne fait pas rétroagir la formation de cette sûreté au jour de l'accord de volontés¹⁷.

La Cour de cassation aurait donc dû, dans l'arrêt commenté, fonder la sanction du créancier gagiste sur la violation de la disposition interdisant la constitution d'une sûreté réelle par le débiteur durant la liquidation judiciaire. Il n'existe pas de texte explicite en ce sens, mais l'article L. 622-9 du nouveau Code de commerce dispose que le jugement qui prononce la liquidation judiciaire du débiteur entraîne de plein droit son dessaisissement. Ce texte, applicable que ce jugement ait été précédé ou non d'une période d'observation, semble donc permettre la sanction de la constitution d'une sûreté réelle par celui-ci postérieurement à cette date. On peut relever toutefois que la formation du gage sur biens incorporels ne dépend pas, on l'a vu, d'un acte du débiteur mais de l'accomplissement de formalités par le créancier gagiste. Il faut cependant comprendre cette disposition comme empêchant tout acte de disposition ou d'administration sur le patrimoine du débiteur par une autre personne que le liquidateur. La Cour de cassation aurait donc dû faire référence en l'espèce à l'article L. 622-9 du nouveau Code de commerce.

On peut toutefois douter de l'importance pratique de ce constat. La sanction de la violation de ce texte est en effet, selon une jurisprudence constante¹⁸, et malgré la critique d'une doctrine favorable à la nullité¹⁹, l'inopposabilité du gage à la procédure collective. Cette sanction se révèle ainsi identique que ces formalités soient considérées comme une condition de validité du gage ou comme une simple mesure de publicité. Faut-il dès lors se résoudre à ce que la détermination du rôle de ces formalités n'ait qu'un intérêt purement théorique²⁰? Une réponse négative s'impose. Il apparaît, en effet qu'un travail de qualification est nécessaire lorsque l'accomplissement des formalités de l'article 2075 du Code civil est susceptible de violer l'article L. 621-24 du nouveau Code de commerce.

Ce texte interdit les constitutions de sûretés sur les biens du débiteur après le jugement d'ouverture à défaut d'autorisation du juge-commissaire. L'article L. 621-24 du nouveau Code de commerce pourrait ainsi permettre la sanction de l'accomplissement des formalités de l'article 2075 du Code civil après l'ouverture d'une procédure collective. Or, tout acte conclu en violation de cette disposition est sanctionné non pas par l'inopposabilité à la procédure mais par la nullité. Ce premier constat présente toutefois un intérêt réduit. Mais là ne serait pas la seule conséquence de l'application de l'article L. 621-24 du nouveau Code de commerce, puisque l'article L. 626-8 de ce même Code prévoit des sanctions pénales à

¹⁷ Voir en ce sens : Cass. com., 28 janvier 1997, *Bull.* IV, n° 35 ; *J.C.P.*, éd. G, 1997, II, n° 22791, avec le rapport de J.-P. RÉMERY ; *J.C.P.*, éd. G, 1997, I, n° 4033, n° 19, obs. Ph. DELEBECQUE ; *J.C.P.*, éd. G, 1997, I, n° 4029, obs. M. CABRILLAC *D.*, 1997, somm., p. 214, obs. A. HONORAT ; *D.*, 1998, somm., p. 140, obs. M.-N. JOBARD-BACHELLIER ; *D. affaires*, 1997, p. 382 ; *Dr. sociétés*, mars 1997, p. 16 obs. Y. CHAPUT ; *R.J.D.A.*, 5/1997, n° 705.

¹⁸ Voir en dernier lieu : Cass. com., 9 janvier 2001, *D.*, 2001, p. 630.

¹⁹ Voir notamment : C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, Montchrestien, 3^{ème} édition, 1999, n° 1024 ; G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial, tome 2, effets de commerce, banque et bourse, contrats commerciaux, procédures collectives*, L.G.D.J., 16^{ème} édition, 2000, par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, n° 3218.

²⁰ En ce sens : G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les sûretés, la publicité foncière*, Sirey, 2^{ème} édition, 1987, par Ph. JESTAZ, n° 78 ; H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil, tome III, vol. 1, sûretés, publicité foncière*, Montchrestien, 7^{ème} édition, 1999, par Y. PICOD, n° 66 ; M. BILLIAU, « Réflexions sur le gage », *J.C.P.*, éd. G, 1996, I, n° 3897, n° 6.

l'encontre du constituant qui aurait accompli un acte interdit ainsi que du cocontractant qui aurait agi en connaissance de cause. La sanction du débiteur devrait être ici écartée puisque la constitution du gage dépend uniquement de l'action du créancier. Ce dernier pourrait, en revanche, se voir sanctionner sur ce fondement.

Ainsi, en cas d'application de l'article L. 621-24 du nouveau Code de commerce, la détermination du rôle des formalités de l'article 2075 du Code civil n'aurait pas qu'un intérêt purement théorique. La sanction de l'accomplissement de ces formalités postérieurement au jugement prononçant la liquidation judiciaire du constituant aurait-elle dû dans l'arrêt commenté être fondée sur ce texte ? Autrement dit, les effets de l'article L. 621-24 du nouveau Code de commerce sont-ils limités à la période d'observation ou s'étendent-ils à la liquidation judiciaire ? La conception restrictive semble préférable, car l'interdiction de la constitution de sûretés durant la période d'observation réside dans l'interprétation *a contrario* de l'alinéa deux de ce texte²¹. Or, l'article L. 622-3 du nouveau Code de commerce prévoit que le jugement d'ouverture produit les mêmes effets que ceux prévus par les premier et quatrième alinéas de l'article L. 621-24 de ce même Code. Dès lors la sanction pour violation de l'article L. 621-24 alinéa 2 du nouveau Code de commerce ne devrait intervenir qu'en cas d'accomplissement des formalités de l'article 2075 du Code civil durant la période d'observation. La détermination du rôle de ces formalités trouverait alors tout son intérêt²².

²¹ Voir notamment : M. JEANTIN et P. LE CANNU, *Droit commercial, instruments de paiement et de crédit, entreprises en difficulté*, Précis Dalloz, 5^{ème} édition, 1999, n° 638 ; B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, LITEC, 2^{ème} édition, 1995, avec la collaboration d'E. KERCKHOVE, n° 1320.

²² Voir déjà sur l'intérêt de la qualification dans le cadre d'une procédure collective : D. LEGAIS, *Les garanties conventionnelles sur créances*, thèse, avant-propos J. STOUFLET, préface Ph. RÉMY, Economica, 1986, n° 49, note 27.